

## **PREVIO: CONSIDERACIONES GENERALES RESPECTO DEL REGISTRO DE CONTROL DE JORNADA**

**I.- El Real Decreto ley 8/2019 de 8 de marzo de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo**, en su artículo 10 modifica el artículo 34 del ET , estableciendo la obligación del registro de jornada, y, en su artículo 11 , el artículo 7 de la LISOS, para tipificar expresamente como infracción grave la transgresión de las normas en materia de registro de jornada, con base a la interpretación realizada por el TSJUE , en el asunto C-55/18 de la **Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y Consejo de 4 de noviembre**,

Esta nueva obligación viene precedida del intento, desde los Tribunales, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y los Sindicatos, de impulsar una respuesta frente a las dificultades de control y prueba de la realización de horas extraordinarias y entró en vigor el día 12 de mayo de 2019.

- Conlleva la obligación para la empresa del deber de registrar y de compensar en su caso el exceso de horas realizadas, como extraordinarias, al trabajador
- El trabajador debe seguir las directivas de la empresa respecto al registro

### **II.- PUESTA EN PRACTICA DE LAS OBLIGACIONES QUE ESTABLECE EL ARTICULO 34.9 ET**

*Art. 34.9 ET*

*“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”*

La obligación de registro regulada, no establece regla especial atendiendo a la multiplicidad de tipos de jornada o empresas existente, sino que se impone uniformemente y sin excepciones, por lo que , este vacío legal, conlleva, para la puesta en práctica de las obligaciones que se establecen en este artículo múltiples problemas de interpretación, para la aclaración de los cuales se han editado:

- Guía sobre el Registro de Jornada del Ministerio de Trabajo
- Criterio Técnico 101/2019 sobre actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de Registro de Jornada

### ¿A QUIEN CORRESPONDE EL DEBER DE IMPLANTAR , ORGANIZAR Y DOCUMENTAR EL REGISTRO DE JORNADA?

Es una obligación de la empresa

DE TODAS con independencia de cual sea el sector , el tamaño y la actividad

- Excepciones: Cooperativas

En caso de SUBCONTRATAS: En el caso de **subcontrataciones (art.42 ET)** será la **empresa contratista** la obligada a que se lleve a cabo el **registro horario, su conservación y su puesta a disposición**. No obstante, podrá acordar con la empresa principal, usar sus sistemas de registro

En caso de EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL (ETT) : En el caso de los trabajadores que provengan de ETT **serán las empresas usuarias y no la ETT la obligada al cumplimiento del registro horario**, así como de **su conservación durante 4 años y su puesta a disposición** de trabajadores, representantes legales e Inspección.

- En base al artículo 15.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio.

Como según el **artículo 12.1** de la misma ley se establece que las **obligaciones salariales y de Seguridad Social son de la ETT**, la empresa usuaria deberá organizar un **procedimiento de aportación de los registros** a la propia ETT para que puedan llevar a cabo dicha obligación.

### ¿A QUIEN LE CORRESPONDE DECIDIR COMO SE ORGANIZARA Y DOCUMENTARA EL REGISTRO DE JORNADA?

*Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.*

- Obliga a la negociación : el empresario tiene la última palabra pero está obligado a previa negociación con los representantes de los trabajadores
- Inspección de trabajo puede pedir las actas

## A QUE TRABAJADORES AFECTA

*deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo*

**A todos los comprendidos en el ámbito de aplicación del Estatuto de Trabajadores:**  
art. 1.1 ET

➤ quedan por tanto **EXCLUIDOS**

**Personal “fuera de convenio”** – Con matices, este compendio de trabajadores no estará obligado a fichar. En estos casos, **conviene realizar un acuerdo con el trabajador** para regular el registro de la jornada. Estaríamos hablando de la **alta dirección** comprendida en el **artículo 1.3.c ET** o de *“directores/as y gerentes y aquellos trabajadores/as que, sin estar calificados como tales, desempeñen funciones complejas con un alto grado de exigencia en responsabilidad”*.

**Socios cooperativistas en régimen general** – Tampoco tendrán que fichar los socios de cooperativas, aunque estén en régimen general, ya que este tipo de relación de trabajo está excluida del ámbito de aplicación del **Estatuto de los Trabajadores**.

**Socios en Sociedades Anónimas/Limitadas** – Para saber si están obligados a fichar, tendremos que tener en cuenta la **labor que realicen en la empresa**. No ficharán si su labor es de **alta dirección (2.1.A ET o Art.1.3.C)**. En caso contrario, ficharán como un trabajador más.

**Autónomos** – No están obligados al registro de jornada por ser una **prestación de trabajo excluida** del ámbito de aplicación del **Estatuto de los Trabajadores**.

**Relaciones laborales de carácter especial** – No tienen obligación de fichar los trabajadores que posean con la empresa relaciones laborales de carácter especial.

- Salvo que tengan una normativa específica que lo prevea ( ej. tenistas ):
  - trabajadoras domesticas ( no podría controlarse por la inspección de trabajo que no podría acceder al centro de trabajo sin autorización del propietario de la vivienda)
  - penados en instituciones penitenciarias,
  - deportistas profesionales,
  - artistas en espectáculos públicos,
  - trabajadores con discapacidad en centros especiales de empleo
- Quedan excluidos en todo caso, sin posibilidad de previsión en normativa específica:
  - la **alta dirección ( artículo 2.1.a ET )**

OJO: No se excluye al equipo directivo

### **Trabajadores que ya tienen un régimen específico de registro de jornada**

- Trabajadores con contrato a tiempo parcial, No tendrá que registrarse su jornada en base al artículo 34.9 ET ya que existe una **obligación de registro regulada en el artículo 12.4.C ET**
- Los supuestos recogidos en el **Real Decreto 151/1995, de 21 de septiembre** que tendrán que fichar según el **Real Decreto 151/1995**: determinados transportes por carretera, trabajadores de la marina mercante, o los que realizan servicios transfronterizos en el transporte ferroviario

### **¿QUE FORMULAS DE IMPLEMENTACION SON POSIBLES?**

La ley no dice nada sobre modalidades de control horario – no facilita parámetros ni criterios aplicables-, pero debe reunir los siguientes requisitos

1º) **el registro ha de ser fiable, objetivo, que deje trazabilidad y que no pueda modificarse a posteriori** para garantizar su objetivo:

- Hay que cuidar que aunque se registre un determinado horario sea ésta la que efectivamente se está cumpliendo
- No es válido cuadrantes horarios, o documentos elaborados por el empresario
- Ha de ser en el momento del hecho: No es válido el que se realiza al final del día o a posteriori

2º) **Tiene que estar a disposición :**

- de las personas trabajadoras
- de sus representantes legales ( art. 64 ET y 10 LOLS y 35 LPRL)
  - no necesita consentimiento de los trabajadores
  - ver caso de subcontratas y de ETT
- de la inspección de trabajo y seguridad social
- *No implica obligación de dar copia, salvo pacto expreso en contrario*
- en cualquier momento de forma inmediata
- *Excluye que pueda estar en la gestoría de la empresa por ejemplo*
- *La problemática surge en el caso de que no exista centro de trabajo en cuyo caso hay que determinar sobre donde se puede acceder de forma inmediata al mismo*

➤ no puede ser condicionado

3º) **la empresa tiene la obligación de conservarlo durante 4 años** .

4º) **tiene que ser diario y en el momento del hecho**

- *Trampa: asunto ATENTO: El registro diario supone que se puedan ir descontando minutos diarios ( que no se ha estado haciendo ) que al final de mes pueden suponer horas , que no solo podrán ser tenidas en cuenta a la hora de sancionar por retraso sino que al tener que ser trabajadas suponen en realidad horas extraordinarias respecto de la situación actual ( sin registro de jornada)*

5º) **Pueden utilizarse tanto métodos manuales como analógicos y digitales** con las siguientes

Limitaciones:

- Protección de datos : conciliación con la LO 3/2018 derechos digitales en la negociación colectiva ( ( art. 87 a 91 )
  - Art. 20 bis en el ET en el que se reconoce “el derecho de los trabajadores “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de los dispositivos de video vigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.
- Derechos fundamentales

5º) Tiene que incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

➤ **EL REGISTRO DE HORARIO DE ENTRADA Y SALIDA NO ES IGUAL A REGISTRO DE JORNADA ( TRABAJO EFECTIVO )**

La regulación establece que la empresa garantice el registro diario de jornada, incluyendo el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada empleado. Ello supone que **el registro es doble: del horario (entrada y salida): o jornada diaria, y, de la jornada (número de horas de trabajo efectivo): o jornada laboral** . Esto es, la jornada de trabajo no incluye descansos y la jornada diaria se integra por trabajo efectivo mas descansos .

**Calendario laboral**      NO ES LO MISMO QUE      **Jornada individual de trabajo**

Por el empresario previa consulta RLT

convenio colectivo

Establece:

requisitos minimos:

\* Horario

\* 40 h/s promedio anual

\* Festivos y días no laborales

\* descanso 12 H entre jornadas

\* Descansos semanales y entre jornadas

\* máximo 9 h/d

\* Distribución anual del trabajo  
semanal

\* Día y medio de descanso

De esta manera se registra la entrada y la salida pero al ser su objetivo registrar la jornada, es decir las horas de trabajo efectivo, se presume que las horas registradas son de trabajo efectivo:

- Le corresponderá al empresario acreditar que ha habido tiempos en medio que no son tiempo de trabajo efectivo
- Es necesario negociar **qué es tiempo de trabajo y que no**

Este precepto es más fácil de entender en puestos de trabajo estándares o clásicos, donde el escenario es el de una oficina o fábrica al que acudir y donde la jornada comienza nada más nos introducimos en ella y concluye al momento que la abandonamos pero en el ámbito de la mayoría de las relaciones laborales actuales derivadas de la implantación de las nuevas tecnologías de información y comunicación que conllevan flexibilidad de jornada y geográfica, , por ejemplo el teletrabajo, si se trabaja sin una sede física fija, si se ejercen labores comerciales por las que su trabajo implique un desplazamiento continuo, la problemática es múltiple:

¿Cómo se puede fijar un horario o establecer en el calendario la precisión horaria de determinados tipos de trabajos que implican flexibilidad horaria y geográfica: ef. Visitadores, comerciales etc

¿Cómo llevaremos a cabo en estos casos este registro o control de jornada?

¿Cómo llevar a cabo esta medida sin dejar de lado los derechos fundamentales de la persona, como el derecho a la intimidad?,

¿ cómo se puede conciliar con el derecho a la desconexión digital?

En definitiva, **¿Cómo combinarlo con la flexibilidad horaria y geográfica, la conciliación laboral y familiar?**

## **FLEXISEGURIDAD Y CONTROL DE JORNADA: LIMITES Y REGISTRO DE JORNADA**

## I.- TIEMPO DE TRABAJO

La determinación de qué sea tiempo de trabajo es una cuestión fundamental para la implantación del registro de control de jornada. Hay que recordar que el tiempo que se considere como efectivo de trabajo **afectará** a las **retribuciones**, a los límites de **duración** máxima de jornada, a los **descansos** mínimos legales entre jornadas (12 /8 horas), a los límites de **horas extras** anuales (es de 80), todo ello con independencia de que la empresa abone los gastos y dietas.

Para determinar que es tiempo de trabajo hay que acudir a la legislación y la práctica nacional y por otro analizar los requisitos previstos en la Directiva y la jurisprudencia comunitaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores, “el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria **el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo**”. De esta manera la legislación nacional liga el concepto de tiempo de trabajo a la determinación de cual sea el puesto de trabajo , por lo que la cuestión a resolver es:

- CUAL ES SU PUESTO DE TRABAJO Existen situaciones en las que el puesto de trabajo está perfectamente determinado, en un centro de trabajo y horarios determinados. Pero **hay otras situaciones en los que no está tan claro**, por ejemplo, trabajos que no dispongan de centro físico de prestación, o que haya varios centros de trabajo o trabajos móviles que se realicen visitando clientes, o que requieran viajes y desplazamientos del centro de trabajo, trabajo a distancia, guardias localizadas, etc. Son situaciones en la que resulta **complejo determinar qué tiempo es de trabajo**, para en consecuencia saber si se ha de retribuir como horas ordinarias o extraordinarias, su cómputo o no a efectos de determinar los descansos diarios, semanales o vacaciones etc., o si es horario nocturno etc. .

La **legislación europea** prevé que **es tiempo de trabajo efectivo todo *periodo durante el cual el trabajador***

- ***permanece en el trabajo,***
- ***a disposición del empresario y***
- ***en ejercicio de su actividad o de sus funciones ,***

concibiéndolo en contraposición al concepto de periodo de descanso, entendido como aquel *periodo que no sea tiempo de trabajo* (art. 2 de la Directiva 2003/88/CE).

- dentro de los elementos que configuran el tiempo de trabajo, no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador ni el rendimiento de éste.

OJO: Se publicitan muchos sistemas de registro de control de jornada que proporcionan además información acerca de la calidad del trabajo y la productividad, sobre todo los de fichaje en la nube . Esto convierte la medida en una trampa para el trabajador

## COMO DIFERENCIAR ENTRE PRESENCIA , DISPONIBILIDAD Y DESCANSO

Para resolver esa cuestión, en supuestos dudosos ( que no hayan quedado claros en CONVENIO COLECTIVO o CONTRATO INDIVIDUAL, en cada caso concreto analizaremos varios elementos., acudiendo a la jurisprudencia de la doctrina comunitaria

1. Si se trata de **tiempo que pertenece en exclusiva al trabajador** y del que solo él puede disponer. De ser así no será tiempo de trabajo.
2. Si **se está o no** en el puesto de trabajo, para lo cual analizaremos:
  - o a) la existencia y **grado de disposición del trabajador** frente al empresario.
  - o b) si hay un **ejercicio de su actividad laboral o de sus funciones**, independientemente de donde se encuentre.

## SUPUESTOS

Lo determinante del tiempo de trabajo radica en **hallarse físicamente en un lugar determinado por el empresario y a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad**

➤ **Si hay centro habitual fijo:**

- El Tiempo de **desplazamiento** desde casa al centro de trabajo habitual fijo: **no es tiempo de trabajo**, se entenderá dentro de su periodo de descanso.
- El tiempo de un trabajador que deba **desplazarse desde su sede** habitual de trabajo para atender funciones inherentes a su cargo, por orden de la empresa, debiendo ir a una población, localidad o lugar distintos de donde normalmente presta sus servicios, **sí debe contarse dentro de la jornada laboral**, ya que durante este tiempo el trabajador se encuentra a la disposición del empresario y sin el desplazamiento el trabajador no podría realizar sus funciones
- El tiempo invertido en los desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta servicios el vigilante de seguridad es tiempo de trabajo : no se equipara a los desplazamientos de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa



en atención a necesidades del servicio ( como tiempo de desplazamiento desde el centro de trabajo a distinto lugar

- El tiempo invertido por los enfermeros para informar sobre los pacientes al siguiente turno es tiempo de trabajo ( *STS 2695/2017 de 20 junio 2017* )
  - El tiempo invertido en ponerse y quitarse la ropa de protección individual y el calzado de seguridad si es tiempo de trabajo ( *Juzgado social 4 Valladolid 23 enero 2018 caso pinturas PPG Iberica* )
  - *STSJ Galicia 27 abril 2017*: caso telemarketing utilización de ordenador como sistema de control de horario: tendría que establecerse algún sistema que permita computar y descontar el tiempo de arranque o encendido del ordenador o de espera por puesto libre o de incidencias
    - en general el tiempo utilizado para realizar operaciones esenciales para la incorporación al trabajo debe considerarse tiempo de trabajo efectivo: ej. encendido de motores
- Si no hay centro de trabajo o no hay centro habitual fijo ( trabajadores móviles )
- El tiempo del desplazamiento desde el domicilio del trabajador y los centros del primer y el ultimo cliente , **son tiempo de trabajo efectivo** si el trabajador debe permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad. Por lo tanto para poder considerar que un trabajador está a disposición de su empresario debe estar en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las órdenes e instrucciones del empresario, ejerciendo la actividad por cuenta de éste. Por el contrario, si los trabajadores gestionan ellos mismos su tiempo, con menos limitaciones y puedan dedicarse a asuntos personales estaríamos en un supuesto donde **no puede constituirse tiempo de trabajo.** Lo que es determinante en este segundo elemento que define el concepto de tiempo de trabajo a tenor de la Directiva es que en esos desplazamientos los trabajadores estén sometidos a las órdenes e instrucciones de su empresario, que puede cambiar y modificar la ruta entregada al trabajador. *Sentencia TJUE 10/09/2015 Asunto C-266/14*
- Es indiferente el carácter voluntario o involuntario de la actividad: La participación en eventos de empresa fuera de la jornada laboral es tiempo de trabajo *SAN 4212/2017 de 27 de octubre de 2017 ratificadda por STS 1402/2019 de 19 de marzo* : presentación de revistas y competiciones deportivas con clientes; si están programadas por el empresario y vinculadas a la prestación de servicios del trabajador
- Las guardias y retenes

Las **guardias localizadas**, en reciente sentencia (STJUE de 21 de febrero de 2018, Asunto C-518/15), Ville de Nivelles vs Rudy Matzak. Asunto C-518) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que,

- el tiempo en que se exige a los trabajadores estar disponible y localizables, en situación de **guardia localizada debe considerarse como tiempo de trabajo efectivo**. Matiza así la doctrina de que no eran tiempo de trabajo la guardia domiciliaria, para ahora señalar que cuando no sólo deben estar localizables, sino que deben responder a las convocatorias de su empresario en un plazo breve de tiempo, se impone a los trabajadores una restricción geográfica y temporal que limita sus posibilidades reales de dedicarse a sus intereses personales y sociales. Por ese motivo, en estas concretas condiciones, el tiempo de **guardia domiciliaria** debe considerarse **tiempo de trabajo efectivo**.
- Si el trabajador tiene guardia localizada pero sin total disponibilidad del tiempo por el empresario, porque no se imponga responder a la convocatoria en un plazo breve : STS de 27 de enero de 2005 (y jurisprudencia posterior): *“las guardias localizadas con llamada de trabajo son consideradas tiempo de trabajo, no las que no tienen llamada”*.

➤ La formación

Se considerara tiempo de trabajo efectivo si se da cualquiera de las siguientes circunstancias *SAN 118/2017 de 19 de junio* y *SAN 4090/2017 de 23 de octubre de 2017* ratificada por *STS 1041/2019*:

- Formación necesaria para su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo ( art. 23.d) ET )
- Si es impuesta de forma unilateral por el empleador en uso de sus funciones directivas resultando obligatoria para el trabajador- con independencia de cuál sea su finalidad-

## **II.- APLICACIONES TECNICAS DEL REGISTRO DE JORNADA EN LOS SUPUESTOS DE FLEXIBILIDAD DE JORNADA Y GEOGRAFICA**

### **GENERALIDADES**

En estos supuestos las modalidades a las que suele acudir la empresa es a través de instrumentos que constituyen datos personales del trabajador, tales como la utilización de datos biométricos o a través de huella dactilar , la geolocalización en cuyo tratamiento confluyen el **derecho a la intimidad del trabajador (CE)**, su derecho a la **desconexión digital** ligado al derecho a la salud ( art. 88 LOPD ) , el derecho o **facultad de control**

**del empresario** ( ex art. 20 ET ) la **obligación de registro de control de jornada** ( ex art. 34.9 ET ) y que en todo caso han de quedar sometidos a la **LOPD**

La **AGENCIA ESTATAL DE PROTECCION DE DATOS** establece como requisitos para que se pueda llevar a cabo el tratamiento de datos personales de los trabajadores a estos efectos:

1º) **en cualquier caso y con carácter previo**, la decisión sobre la puesta en marcha un sistema de control de este tipo, que suponen un tratamiento de datos personales , exige llevar a cabo una **EVALUACION DE DATOS EN PROTECCION DE DATOS PERSONALES** , atendiendo a la concurrencia de varios de los requisitos que la hacen obligatoria:

- las implicaciones tecnológicas de la tecnología empleada
- la observación sistemática de los hábitos de los trabajadores
- y el tratamiento de datos de categoría especial (biométricos, como venimos repitiendo).

2º) la evaluación de impacto tiene que llevar a cabo una interpretación restrictiva del interés legítimo del empresario, en base a los principios de

- **Idoneidad**
- **Necesidad**
- **Proporcionalidad**

3º) En cualquier caso, para el supuesto en que después de realizar la pertinente preceptiva evaluación de impacto en protección de datos personales, se puede concluir que la medida resulta proporcionada, conviene tener en cuenta la aplicación de algunas **medidas técnicas para minimizar riesgos**:

- Evitar el almacenamiento de los datos biométricos en bruto.
- Conservar únicamente su equivalente alfanumérico.
- dar preferencia sistemas de almacenamiento descentralizados evitando la creación de bases de datos centralizadas (los llamados “honeypots” por los malvados ladrones de datos).
- Cifrar los datos custodiados

### **UTILIZACION DE DATOS BIOMETRICOS O A TRAVES DE HUELLA DACTILAR CON FINES DE CONTROL DE HORARIO**

## 1.- Posibilidad de su utilización:

Los datos biométricos son datos especialmente sensibles y protegidos en el reglamento UE 2016/679 y en la LOPD de 2018 que **prohíbe** su tratamiento.

Pero el artículo 9 de la LOPD establece **excepciones** que podrían amparar el tratamiento para el control de jornada

*Art. 9 reglamento:*

*1. Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física.*

*2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:*

*a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;*

*b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, **en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado (1)***

(1) COMENTARIO PERSONAL: La excepción b) autoriza al tratamiento de este tipo de datos pero **en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.**

La interpretación de esta excepción en relación con el considerando 41 del reglamento y el artículo 88 del mismo y ambos con el artículo 53 de la Constitución Española podríamos llegar a la conclusión de que si esta excepción solo lo es en la medida de que así lo autorice el derecho de la Unión de los Estados o un Convenio Colectivo, en nuestro caso la única norma habilitante sea EL CONVENIO COLECTIVO, **lo que conllevaría la exigencia de que sea previsto este sistema en el convenio y que este estableciera garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado.**

el considerando 41 del Reglamento que indica que

- *Cuando el presente Reglamento hace referencia a una base jurídica o a una medida legislativa, esto no exige necesariamente un acto legislativo adoptado por un parlamento, sin perjuicio de los requisitos de conformidad del ordenamiento constitucional del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, dicha base jurídica o medida legislativa debe ser clara y precisa y su aplicación previsible para sus destinatarios, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

Y a su vez el artículo 88 del mismo que se refiere al tratamiento de datos en el ámbito laboral :

- 1. Los Estados miembros podrán, a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, en particular a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral. 2. Dichas normas incluirán medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo. 3. Cada Estado miembro notificará a la Comisión las disposiciones legales que adopte de conformidad con el apartado 1 a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas.

Y el artículo 53 CE:

*1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. **Sólo por ley**, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

dada cuenta de que no hay ninguna norma con rango de ley que autorice expresamente el tratamiento de datos biométricos en el ámbito laboral ( dado que la LOPD no lo señala expresamente ) , la única posibilidad de norma habilitante de este tratamiento tiene que ser EL CONVENIO COLECTIVO

## 2.- Requisitos , principios y garantía que exige la AEPD

La AEPD exige que se respeten los siguientes principios para la implantación de este tipo de instrumento para el control de jornada:

**1º) Principio de legitimación jurídica :** por parte del empresario :

Artículo 6 Reglamento UE 2016/679 : **Licitud del tratamiento** 1.El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos; b) el tratamiento es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales; c) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable del tratamiento; f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño

1. El contrato laboral
  2. La potestad de control de la ejecución del contrato reconocida en el artículo 20 ET
  3. La obligación legal de registrar la jornada , art. 34 ET
  4. Las obligaciones de informar sobre el tratamiento y las finalidades del control horario
- El consentimiento no es una base jurídica adecuada, ya que no se reúnen los requisitos del considerando 40 del Reglamento UE . Quedaría incluido en el considerando 43 del mismo , que indica que no es fundamento jurídico suficiente el consentimiento si hay un desequilibrio entre el interesado y el responsable .
  - No es necesario el consentimiento

**2º) Principio de transparencia** : obliga a informar sobre el tratamiento y su finalidad a los empleados

**3º) principio de minimización** , que conlleva que el sistema elegido sea el menos intrusivo posible

**4º) principio de conservación** que obliga a definir plazos de conservación y no conservar los datos durante más tiempo que el estrictamente necesario: 4 años art. 34.9 ET

- **Especial mención a las garantías exigidas por la AEPD** establecidas en Opinión 3/2012 del GT29 sobre desarrollo de tecnologías biométricas ( wp193) y en el Informe Gabinete Jurídico 65/ 2015

Opinión 3/2012 del GT29 sobre desarrollo de tecnologías biométricas ( wp193)

1. el **cifrado**;
2. el **almacenamiento de datos biométricos en un dispositivo personal** pero no en un almacenamiento centralizado o en el sistema;

3. que el sistema biométrico utilizado se asegure que la **reutilización de los datos para otros fines es imposible**; y
4. que se pueda diseñar de modo que se pueda **revocar el vínculo de identidad** y con formatos o tecnologías que imposibiliten la **interconexión de bases de datos biométricos** y la **divulgación de datos no comprobadas**.

Informe del Gabinete Jurídico 65/2015 ( trata sobre un colegio que quería controlar la asistencia de los alumnos al comedor ) pero la AEPD nos dice que se puede extrapolar al ámbito laboral: en este establece como garantías en base a los principios de proporcionalidad y minimización que *se incorporen los datos biométricos en una tarjeta inteligente en poder del usuario que para acceder a las instalaciones utilizara la tarjeta y posicionar su huella sobre el lector. De esta forma en caso de que el algoritmo resultante del posicionamiento fuera coincidente con el de la tarjeta, sería posible el acceso y no se admitiría en caso de que no se produjera esa coincidencia. Pero el sistema informático únicamente almacenaría la información identificativa del alumno pero en ningún caso la relacionada con el algoritmo de la huella dactilar que estaría en la tarjeta personal*

### **USO DE SISTEMAS DE GEOLOCALIZACION DE TRABAJADORES QUE NO DESARROLLAN SUS ACTIVIDADES CON UN LUGAR Y HORARIO DE TRABAJO ADICIONAL**

- **se pueden establecer ex art. 90 LOPD**
- **Artículo 90 LOPD . Derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral.**
  1. Los empleadores podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo.
  2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión.

De hecho, la doctrina judicial entre otras, la sentencia STSJ Comunidad Valenciana de 20-5-2017 ) ha venido admitiendo que los empresarios puedan imponer **sistemas de geolocalización a los trabajadores** lo que se ampara en el legítimo ejercicio de los derechos constitucionales a la propiedad privada ( art.33 CE ) y la libertad de empresa ( art. 38 CE ), si bien la implantación de dicha medida, en cuanto que supone una injerencia en los derechos fundamentales de los trabajadores, ha de superar el denominado juicio de proporcionalidad entre la medida y la necesidad de la misma.

## **¿Sería válida, por tanto una aplicación en el móvil del trabajador para registrar la jornada o fichar?**

La sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Social, sec. 1ª, S 06-02-2019, nº 13/2019, rec. 318/2018 concluye la ILEGALIDAD de tal acción por parte de la empresa. por su defectuoso cumplimiento de las normas aplicables a sistemas de control laboral via geolocalización, transparencia en el tratamiento de datos y proporcionalidad del mismo, en relación con el fin perseguido.

En dicha sentencia se analiza la medida impulsada por la empresa TELEPIZZA, que a través de una aplicación que formaba parte del proyecto “Trucker”, obligaba al repartidor a descargarse en cualquier dispositivo de telefonía móvil con memoria suficiente y **de su propiedad**, la aplicación que permitía la geolocalización en todo momento.

Para la descarga era necesario proporcionar un número de teléfono móvil o un correo electrónico a fin de recibir un SMS o e mail con el código de la descarga.

El incumpliendo de dicha obligación por parte del trabajador se tipificaba disciplinariamente, y podía suponer incluso la extinción del contrato.

La sentencia de la Audiencia Nacional concluye que **la aportación de un teléfono móvil con conexión de datos para desarrollar el trabajo en los términos efectuados supone un manifiesto abuso de derecho empresarial**, ya que quiebra con la necesaria ajenidad en los medios que caracteriza la nota de ajenidad del contrato de trabajo ( art. 1.1 ET (EDL 2015/182832) ) y desplazando el deber empresarial de proporcionar ocupación efectiva del trabajador ( arts. 4.2 a ) y 30 E.T ) a éste al que se responsabiliza de los medios necesarios para prestarlo.

Además la Audiencia Nacional concluye que la misma finalidad se podría haber obtenido con medidas que supusieran una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados, como pudieran ser la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios y lo que es más importante, ni datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico.

### **Conclusiones:**

1. La **NULIDAD** de la medida de obligar a usar la app en un dispositivo móvil propiedad del trabajador.
2. La **VALIDEZ** de la implantación de una aplicación para el control de jornada en **un dispositivo móvil proporcionado por la empresa** bajo las siguientes condiciones:

Que se negocie previamente con la representación de los trabajadores.

Que la medida fuera proporcional al derecho fundamental del trabajador, es decir con respeto en caso de transferencia de datos personales a las predicciones de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de Diciembre, de protección y Datos Personales y Garantía de los derechos digitales.



## CUESTIONES GENERALES PRACTICAS A TENER EN CUENTA :

- ¿ se ha analizado si la aplicación de tales medidas está plenamente justificada y está equilibrada con el fin buscado? Si en vez de usar un sistema de control biométrico, se puede ejercer la misma función con otro tipo de sistema menos intrusivo, la empresa deberá decantarse por este último.
- Los datos utilizados, **¿son pertinentes, necesarios y no excesivos?**. Se debe analizar qué información se ha de gestionar del trabajador para poder llevar a cabo la obligación legal.
- **¿Se garantiza durante todo el ciclo del tratamiento** de esos datos personales lo previsto en la normativa en materia de protección de datos?. Se deben establecer las medidas de seguridad suficientes y los controles para garantizar la privacidad y la seguridad de los datos que se utilicen, poniendo en marcha los requisitos que a tal fin determina la normativa.
- Si el control se va a llevar a cabo a través de patrones biométricos: huella, iris, retina, etc., y al tratarse de datos biométricos y como tales, de categorías especiales de datos tal como recoge el artículo 9 del RGPD **¿se ha realizado una evaluación de impacto** previa a la implantación?

## DERECHO A LA DESCONEXION DIGITAL Y REGISTRO DE CONTROL DE JORNADA

### **Artículo 88 LOPD. Derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral.**

1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.

2. **Las modalidades de ejercicio de este derecho** atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se **sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva** o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

3. . El empleador, *previa audiencia de los representantes de los trabajadores*, **elaborará una política interna dirigida a trabajadores**, incluidos los que ocupen puestos directivos, **en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión** y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.

- Las modalidades de este ejercicio se sujetaran a negociación colectiva o acuerdo entre la empresa y la RLT

- Impone la elaboración de una política interna que defina las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión
- **Enfatiza** en particular la preservación de dicho derecho en los supuestos de **realización total o parcial del trabajo a distancia** así como el domicilio del empleado.

El establecimiento de instrumentos de **geolocalización y biométricos** se pueden imponer unilateralmente por el empleador y están sujetos al preceptivo **informe de la representación legal de los trabajadores**. Aquí lo obligatorio es que el informe se emita en legal forma, pero no es obligatorio hacer caso de su contenido.

- Yo diferiré respecto a los biométricos: necesidad de convenio colectivo habilitante

**El derecho a la desconexión digital** : sus modalidades de ejercicio deben venir determinadas por la **negociación colectiva o acuerdo de empresa**

Poniendo en conexión el derecho a la desconexión digital cuyas modalidades de ejercicio deben venir determinadas en la negociación colectiva y que obliga a la empresa a elaborar una política interna que defina estas modalidades de ejercicio , la implantación del registro de control de jornada en los supuestos en los que se haya de utilizar instrumentos digitales de control obliga también a nuestro entender con carácter previo o simultáneo a la negociación o acuerdo de las modalidades de ejercicio de desconexión digital